

A. I. N° - 129442.0002/14-2
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04.07.2014

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0076-06/14

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovada nos autos a existência de serviço de transporte que enseja a incidência do ICMS. Trata-se de exigência de imposto sobre a prestação de serviço de transporte de bens, realizado nas mesmas condições e sujeitos às mesmas normas da iniciativa privada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 18/03/14 para exigir ICMS no valor de R\$10.661.527,92, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Na descrição dos fatos, consta que “*A ECT deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio do chamado SEDEX, em suas diversas modalidades, atividades estas não compreendidas no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio, na forma preconizada pelo art. 9º da Lei nº 6.538/78. Desse modo, tais serviços não alcançados pela imunidade tributária recíproca, ex vi do art. 150, VI, “a”, da CRFB/88, equiparam-se aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado, portanto com as mesmas condições concorrenenciais, e que recolhem o ICMS pela referida prestação dos serviços de transporte.*”

Consta também que os cálculos relativos à apuração das quantias de ICMS devidas pela execução dos aludidos serviços de transportes se encontram detalhados no demonstrativo à fl. 4, cujas informações foram colhidas diretamente dos registros contábeis da ECT, por meio do Razão Contábil sob a rubrica de Receita com SEDEX, do período de 01/01/2011 a 31/12/2011.

O autuado apresenta defesa (fls. 23 a 30) e, após demonstrar a tempestividade da impugnação e fazer uma síntese dos fatos, afirma que o Auto de Infração é insubsistente porque não praticou nenhuma infração tributária como diz que demonstrará.

Sustenta que não é uma transportadora em sentido estrito, como o são as transportadoras particulares, haja vista que no serviço postal o transporte é apenas um elo entre a expedição e a entrega do objeto remetido, ao passo em que, no caso das transportadoras particulares, trata-se de uma atividade-fim. Explica que os artigos 7º e 9º da Lei Postal (Lei Federal nº 6.538/78) evidenciam que o serviço postal implica recebimento, transporte e entrega da encomenda de modo encadeado. Ressalta que o transporte previsto no Código Civil, realizado por particulares, difere do serviço prestado pela ECT, o qual é apenas um instrumento para a realização do serviço postal, que se caracteriza essencialmente pela coleta e entrega e não pelo transporte em si.

Menciona que, ao contrário das transportadoras de mercadorias, a ECT, em regra, desconhece o conteúdo das caixas ou envelopes remetidos em suas agências, estando esses protegidos pelo sigilo fiscal de correspondência, com fundamento no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Frisa que, a teor do disposto nos artigos 9º e 11 do Decreto nº 83.858/79, e 40 da Lei Federal nº 6.538/78, os quais tratam do sigilo da correspondência, não pode ter conhecimento do conteúdo dos objetos postais e, portanto, está impedido de saber se o remetente, ao encaminhar bens via Correios, está realizando operação de circulação de mercadorias propriamente dita. Aduz que seu dever é receber o invólucro fechado e realizar a entrega do objeto postal, inexistindo a obrigação legal de exigir a nota fiscal no momento da postagem pelo remetente.

Diz que o serviço postal está à disposição de qualquer cidadão, não podendo a ECT, por se tratar de uma prestadora de serviço público, recusar a postagem, excetuando os casos previstos no art. 13 da Lei Federal nº 6.538/78, dentre as quais não se insere a hipótese de embalagens desacompanhadas de nota fiscal. Frisa que tais regras se aplicam tanto às correspondências cuja entrega está sujeita ao monopólio como às encomendas SEDEX. Salienta que o fato de as encomendas SEDEX estarem excluídas do rol de serviços monopolizados não lhes retira a natureza de serviço postal nem transforma a coleta e entrega em uma atividade de transporte.

Destaca que não faz contrato de transporte com os usuários do serviço postal, mas presta esse serviço a todos que o solicitam. Aduz que a relação jurídica entre a ECT e os usuários – inclusive do serviço postal de SEDEX – é regida pelo direito administrativo e não pelo direito privado.

Menciona que o legislador ordinário, ao descrever os vários aspectos da norma jurídica instituidora de cada tributo, deve observar os parâmetros constitucionais que disciplinam o exercício de sua competência tributária, sendo a norma padrão de incidência do tributo pré-traçada na Constituição Federal. Cita doutrina para embasar seu argumento.

Assegura que, conforme se depreende da leitura da lei estadual instituidora do ICMS, inexistem referências ao serviço de transporte postal como fato gerador desse imposto, não cabendo ao Fisco Estadual pretender uma interpretação extensiva de uma legislação que, para a segurança do contribuinte, deve ter uma interpretação restritiva.

Ressalta que isolar qualquer uma das atividades desenvolvidas pela ECT (recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos postais) é confundir os meios com os fins, fazendo uma abstração do fim (serviço público) para tratar abusivamente os meios como fases isoladas e autônomas de um mesmo serviço.

Aduz que sobre esse tema, a Justiça Federal em dois Estados da Federação já se manifestou no sentido de que o serviço postal executado pela ECT não configura hipótese de incidência do fato gerador do ICMS.

Transcreve trecho de entendimento esposado pelo Setor Consultivo da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná na Consulta nº 195/92, formulada pelo Fundo de Participação dos Municípios. Também cita decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Paraná, segundo a qual “Os serviços postais prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS”.

Sustenta que, portanto, fica demonstrado na presente demanda fiscal a falta de subsunção do serviço postal de SEDEX às hipóteses de incidência do ICMS. Diz que a capituloção utilizada pelo Fisco estadual para a tributação de serviço de transporte de encomenda, com sendo mero transporte, não se adequa ao caso concreto, onde o que existe é a prestação de serviço público postal, nos termos da Lei nº 6.538/78.

Prosseguindo, esclarece que o transporte que realiza não tem o mesmo objeto das empresas privadas, qual seja, a obtenção de lucro, pois, na maioria das vezes o transporte realizado onera a empresa, e não lhe garante um *superavit* em suas contas, posto que as receitas auferidas cobrem apenas o custo operacional e essas receitas são revertidas para a manutenção e melhoria do serviço postal, conforme disposto no art. 33, §1º, da Lei nº 6.538/78, cujo teor transcreve. Aduz que a entrega de SEDEX é feita mesmo em locais distantes e ermos, visto que o serviço postal é desenvolvido no interesse da coletividade. Diz que, portanto, não se pode afirmar que a ECT,

quando entrega SEDEX, o faz nas mesmas condições que as empresas privadas que atuam no mesmo segmento de mercado.

Afirma que como as receitas provenientes de serviço SEDEX, além de não almejarem lucro, são revertidas para o atendimento das finalidades essenciais da empresa postal, a elas deve ser estendida a imunidade tributária recíproca, como diz preceituar a moderna doutrina.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 44 a 47, o autuante afirma ter sido constatado que o impugnante não vem recolhendo o ICMS decorrente da prestação de serviços de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio do chamado SEDEX, fazendo os lançamentos contábeis de tais operações como não tributadas pelo imposto.

Diz que, em relação ao exercício fiscalizado de 2011, foi lançado ICMS no valor de R\$10.661.527,92, apurando diretamente dos seus registros contábeis, uma vez que o autuado não escritura o obrigatório livro de Registro de Saída.

Afirma que o lançamento do imposto está lastreado nos artigos 3º, I, 50 e 124, I, do RICMS-BA/97 e, quanto à multa aplicada, art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, em face de não se aplicar ao caso as disposições relativas aos serviços postais explorados pela União, contidas no art. 9º da Lei nº 6.538/78, por conseguinte, não beneficiados pelo instituto da imunidade tributária, *ex vi* do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

Observa que, nessa esteira, aplica-se o regramento previsto no art. 173, §2º, da mesma CF/88, já que utiliza uma atividade de prestação de serviços vinculada ao ICMS, que é o transporte de mercadorias e outros bens, equiparando-se aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado, com as mesmas condições concorrenciais.

Após sintetizar os argumentos trazidos na defesa, diz que o cerne da matéria em questão é de ordem constitucional, quando o impugnante assegura, para rebater a cobrança do ICMS sobre os serviços operacionais denominados SEDEX, goza da imunidade tributária recíproca, nos moldes do art. 150, VI, “a”, da CF/88.

Ressalta que não compete à Administração Tributária, por meio dos seus órgãos e agentes, a manifestação em qualquer matéria de cunho constitucional. Afirma que a discussão que se trava em torno do assunto prende-se ao controle difuso de constitucionalidade, da alçada, portanto, do Poder Judiciário.

Menciona que as atividades de transporte por SEDEX, em suas diversas modalidades, não se incluem no rol de serviços postais explorados pela União em regime de monopólio, a que alude o art. 9º da Lei nº 6.538/78, pois aqueles serviços são equiparados aos prestados pelas empresas privadas, que atuam neste mesmo segmento de mercado, portanto com as mesmas condições concorrenciais, e que recolhem o ICMS pela referida prestação dos serviços de transporte.

Sustenta que os serviços de transporte de bens e mercadorias, através do chamado SEDEX, não constituem um mero serviço de transporte postal, uma vez que são transportadas, como é de notório conhecimento, mercadorias e encomendas de até expressivos volumes, e não apenas de pequenas encomendas.

Afirma que o art. 7º da Lei nº 6.538/78 (recepção pela atual Carta Magna) define com clareza solar o que é serviço postal: carta, cartão-postal, impresso, cecograma e pequena encomenda. Afirma ser inconcebível que o transporte de mercadorias, via SEDEX, seja considerado como transporte de pequena encomenda.

Menciona que não é somente o autuado que efetua esse tipo de transporte, haja vista que várias empresas transportadoras no mercado o fazem e, portanto, não sendo um serviço monopolizado, e que por isso, ao contrário, se configura um serviço concorrencial. Diz que em consequência a ECT não poderá gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado,

sujeitando-se, neste diapasão, ao regramento veiculado no art. 173, §2º, da CF/88, por realizar uma atividade vinculada ao ICMS, tal como realizam as empresas concorrentes.

Salienta que, em nenhum momento do levantamento fiscal, que resultou na lavratura do Auto de Infração, buscou-se a cobrança de ICMS sobre serviços postais, mesmo porque são serviços públicos, imunes à tributação, *ex vi* do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Afirma não haver que se falar em fato gerador do ICMS sobre tais serviços.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme já relatado, trata o Auto de Infração em análise de falta de recolhimento de ICMS incidente sobre prestações de serviço de transporte de mercadorias e bens, em operações interestaduais, realizadas por meio de SEDEX.

Inicialmente, há que se ressaltar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a vigência da Constituição Federal de 1988, está submetida às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico constituído, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Não está o autuado enquadrado nas hipóteses de imunidade previstas no art. 150 da Constituição Federal, sujeitando-se, portanto, às mesmas regras das empresas privadas, conforme o disposto no art. 173, §2º, da Constituição Federal. Dessa forma, ao prestar serviço de transporte de mercadoria, subordina-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não fazendo jus ao gozo de benefícios fiscais.

No presente lançamento tributário de ofício, não se está exigindo ICMS sobre serviço postal, mas sim sobre a prestação de serviço de transporte de carga, efetuado mediante SEDEX. Essa prestação realizada pelo autuado, apesar dos respeitáveis argumentos trazidos na defesa, não se diferencia do serviço de transporte de carga realizado pelas demais empresas transportadoras que atuam nesse segmento de mercado, sob as mesmas condições concorrentes, e que recolhem o ICMS referente aos serviços prestados.

Conforme foi bem ressaltado pelo autuante na informação fiscal, o “*art. 7º da Lei nº 6.538/78 (recepçãoada pela atual Carta Magna) define com clareza solar o que serviço postal: carta, cartão-postal, impresso, cecograma e pequena encomenda. Não se pode conceber o transporte de mercadorias via SEDEX como transporte de pequena encomenda.*”

Apesar de os argumentos defensivos serem no sentido de que é indevida a exigência do ICMS sobre os serviços postais, no presente Auto de Infração não se está a exigir o imposto estadual sobre tais serviços, mas sim sobre a prestação de serviço de transporte de bens, realizado nas mesmas condições e sujeitos às mesmas normas da iniciativa privada.

A imunidade recíproca alegada pelo defendant se refere apenas à sua atividade na prestação de serviço postal, atividade que é exercida pela ECT em regime de monopólio. Por seu turno, o serviço de transporte de encomendas constitui uma atividade econômica efetuada por diversas empresas do setor, estando o autuado concorrendo com as demais transportadoras de encomendas, empresas privadas, que estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

Em relação ao argumento de que a ECT é uma empresa pública, observo que, consoante o art. 173, e seu § 2º, da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Os argumentos defensivos atinentes à reversão das receitas obtidas em favor da manutenção e melhoria dos serviços prestados e à alegada ausência de intuito lucrativo, não são capazes de elidir a infração que foi imputada ao autuado.

As decisões citadas na defesa são no sentido de que não há incidência de ICMS sobre a prestação de serviços postais. Todavia, o serviço de transporte de cargas é distinto do serviço relativo às entregas de cartas, cartões postais, vales postais, telegramas, e demais objetos conceituados

legalmente como objetos postais, alvos das referidas decisões.

Saliento que o autuado em sua defesa não questiona os valores constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante. Desse modo, considero que, tacitamente, foram os cálculos e valores apurados pelo autuante considerados como corretos, tendo o autuado se insurgido apenas quanto à incidência do ICMS sobre as prestações de serviço de transporte.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado resta caracterizada e, portanto, é devido o ICMS sobre as prestações de serviço de transporte de carga, efetuadas mediante SEDEX, conforme apurado pelo autuante no “Demonstrativo de Cálculo Analítico Relativo à Prestação de Serviços de Transporte - SEDEX, em suas diversas modalidades”, entregue ao autuado, fl. 4.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº129442.0002/14-2, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.661.527,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR